

グローバル化された法世界における世界主義

ウルフリット・ノイマン *

佐伯和也 **

前嶋匠 共訳 ***

1. 序：越境する刑法における法治国家的諸欠陥

あらゆる法分野の中で、刑法はおそらく最も議論されている法律であろう。不変的に正当でなければならないということから、国家による刑罰は人の自由または身体、生命、財産の適切な侵害として存在する。いずれにせよ、人権および市民権に過敏な時代において、刑法は社会的論議の中で悪心の明確な徴候を示している。

国際化という名の下、刑法は再び自己の良心を見つけたように思われる。刑事国際法典（Völkerstrafgesetzbuch）のプロジェクト以外の点では多くの刑法専門家や素人たちは刑法の拡大的展開に対して懐疑的な態度をとるものの、このプロジェクトに対しては彼らも支持している。ローマ規程¹⁾に基づく常設国際刑事裁判所の設立という進歩は圧倒的に支持され、満足をもって認められた。まさに名だたる刑法懐疑家からみても、刑法はここでようやく正しいものに出くわしたようである。

実直な市民ではなく、かつての支配者やその協力者に責任を問おうとする刑法に対するこの良心は理解できるが、危険がないわけではない。というのは、国際的な展開によって惹き起こされ、刑法を適用することによって得られる陶醉という波は、従来安全と考えられていた法治国家的な防波堤を突き崩すように思われるからである。最も重大な被害者は、「罪刑法定」主義であるかもしれない。ドイツにとどまらず憲法ランクに位置するこの原則は、刑事国際法上の諸構成要件および人権侵害にとって、国内の刑事裁判権に関しても、明らかに疑問視されている²⁾。したがって、ドイツ刑事裁判所は、憲法の明確な文言（基本法103条2項）に反して、被告人を国際慣習法規範に基づくのみで有罪とするかもしれない³⁾。そうこうするうちに行われた国際法上の犯

編集部注* Ulfrid Neumann フランクフルト・アム・マイン大学教授

** 関西大学法学部助教授

*** 奈良産業大学法学部専任講師

1) 国際刑事裁判所に関するローマ規程は1998年7月17日に採択され、2002年7月1日に施行された。

2) それに関して詳細かつ批判的なのは *Ebert, Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip*, in: *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, S.171ff.

3) 当時のドイツ国内の国境での致命的発砲に関して *Silke Buchner, Die Rechtswidrigkeit der Taten von „Mauerschützen“ im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts*, 1996, 7

罪構成要件のドイツ「刑事国際法典」⁴⁾の枠内での国内刑法構成要件への変型は、その限りでは宣言的意義しかもたないであろう。確かに、連邦通常裁判所は、いわゆる「壁の射手(Mauerschützen)」の処罰に関する判決において、罪刑法定主義をあからさまに否定はしていないものの、この原則を無理に解釈したためこの原則の違反と区別しがたくなった⁵⁾。

法治国家的刑法のその他の基本原理、つまり誰かを同一の行為について重ねて処罰することの禁止(一事不再理(ne bis in idem)、基本法103条3項)は、若干の諸国においてのみ、国境の枠を越えた領域に対しても、それ故、他の諸国において下された有罪判決との関係においても妥当する⁶⁾。シェンゲン協定と関連し、ヨーロッパ諸国に対してとにかくこの原理を国家という枠を越えても適用させようとする最近の試み⁷⁾は、この点で一つの前進である。しかし、その試みは、わずかな国家に限定されており、しかもこれらの国家間での関係においてでさえ、互いに多くの留保や例外によって制限されている⁸⁾。越境する刑法の法治国家的諸欠陥のリストはさらに続く⁹⁾。

↘ S.265ff., 302f.「国家によって強化された犯罪」の場合、遡及処罰禁止(基本法103条2項)が「管轄外」であることに対して *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminaität, 1996, S.47ff.

4) 2002年6月26日の刑事国際法施行法(BGBI. I S.2254)。法律の構想と成立史について *Claus Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuch, 2000; *Lüder / Vormbaum*, Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, 2002; *Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch, NStZ 2002, 125; *Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, Juristenzeitung (JZ) 2001, 885ff.; *Werle / Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch, Juristenzeitung (JZ) 2002, 725ff.; *Zimmermann*, Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2002, S.97ff. を参照せよ。刑事国際法総則における解釈学の包括的説明は *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002に見られる。

5) それに関して詳細は *Ebert* (Fn.2), S.176ff.; *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S.109ff., 115ff.

6) 例えばオランダがそうである。それに関して *Radtke / Busch*, Transnationaler Strafklageverbrauch in den sog. Schengen-Staaten?, EuGRZ 2000, S.421ff., 421, 431.

7) 1990年6月19日のシェンゲン協定(1985年6月14日)実施協定54条。それに関して、例えば *Beulke* in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., 2002 (Stand 1. 9. 2001), §153c Rn.17ff.; *Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 116 (2004), S.353, 362ff.; *Hecker*, Das Prinzip „Ne bis in idem“ im Schengener Rechtsraum (Art. 54 SDÜ), Strafverteidiger (StV) 2001, 306ff.; *Radtke / Busch*, (Fn. 6); *Helmut Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S.688ff.; *Schomburg*, Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung – Ein Zwischenbericht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, 1833ff.; *Herbert Thomas*, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung. Vom nationalen zum internationalen ne bis in idem, 2002 を参照せよ。ここで定められた二重処罰の禁止の射程に関して、Juristenzeitung (JZ) 2003, 303 m. Anm. *Kühe* におけるヨーロッパ裁判所(EuGH)の判決を参照せよ。また、*Jung*, Zur „Internationalisierung“ des Grundsatzes „ne bis in idem“, in: Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, 1993, S.493 ならびに *Biehler*, ZStW 116 (2004), S.256 と *Stein*, ZStW 115 (2003), S.983 による会議の報告も参照せよ。

8) それに関して詳細は *Beulke* (Fn. 7), Rn.20.

9) 例えば *Satzger*, Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, Juristische Schulung (JuS) 2004, 943ff.; *Werle / Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetz, ↗

国内刑法のレベルでは、法政策的・憲法的な論証的として容赦なく干渉されるような法治国家としての不備が、なぜ越境する刑法の領域においては甘受されるのかという問いに、一言で答えることはできない。国際法上の犯罪領域において法律主義を制限するにあたり、刑法史から習熟した思考モデルがそこに手を貸すかもしれない。行為の悪質さ（Schrecklichkeit）に鑑みれば、形式的な処罰諸要件に固執することは、固定された犯罪構成要件の存在と同様、不適切であり、実に不平不満が多いように思われる。法治国家的諸原理を軽視するという圧力が非常に強くなる場所ではまさに、その諸原理を確証することは脇へ追いやられる。刑事国際法上の犯罪を「残酷な犯罪（delicta atrocissima）」として位置づけることと並び、国際法上の諸構成要件の実証化（Positivierung）が最近になってようやく行われ、しかも、国際刑事裁判所による諸構成要件の適用によって行われていることが重要であろう。それ故、罪刑法定主義の遵守要求に対して、まさにこの原理を停止することによって刑事国際法は貫徹される、と反論することができる¹⁰⁾。

国際領域において「一事不再理」原則を伝統的に軽視するには、別の諸理由がある。その軽視は、国家主権という伝統的な観念に起因している。それによると、主権には、ある国の司法上の行為は他の国にとって何ら重要なデータではないという意味が含まれている。主権国家は、自ら干渉できない他国の司法システムの判決によって、自国の刑事訴追が侵害されることをよしとしない。行為者の二重処罰の可能性という帰結はやむをえない。この考えに映し出されている法治国家的な田舎者根性（Provinzialismus）は、次の立場に関係している。つまり、決定的なのは、二重処罰の回避ではなく、この二重処罰がこの国家（のみ）の責任ではない、ということにすぎない。行為者の利益および越境的な刑事司法への理解は、せいぜいのところ、量刑に際して考慮される。それ故、ドイツ刑法においては、同一行為で外国において執行された刑罰が算入されるにすぎない（刑法51条3項）。

実際、国家間における一事不再理の問題は、これまであまり重要ではなかった。そのことは将来思い切って変更されるかもしれない¹¹⁾。いっそう一体化しているヨーロッパやいっそう密接に結び付いた世界において、ますます国民が移動することによって、他諸国の国民へ実際に介入する可能性は著しく増加する。したがって、実際、このような介入を可能にする法的な諸ルールがますます重要になる。それと同時に、それらは正当なものでなければならないといういっそうのプレッシャーを受けることになる。なぜなら、これらのルール、すなわちいわゆる国際刑法の諸ルールが従来異議を唱えられなかったのは、その調和性（Ausgewogenheit）よりも、むしろ、その限定的な実務上の重要性にあったからである。いずれにせよ、そのことは、越境する刑法的介入に広い余地を認めているドイツ刑法に妥当する。

↘ Juristenzeitung (JZ) 2002, S.425ff., 429 は、刑事国際法の構成要件のために、刑法の明確性の要請（基本法103条2項）の妥当性に関して制限的である。

10) 刑事国際法規則におけるその原理の制限に関して、例えば Buchner (Fn.3) S.274ff. を参照せよ。

11) それに関して Radtke / Busch (Fn.6) S.421.

2. 世界主義

a) ドイツ法による射程

とりわけ、一定の犯罪に、その犯罪地に関係なく、また国内利益とのすべての正当な関係を放棄して、世界主義によって国内刑法を適用するという主張は、徐々に批判的となっている。世界主義の下におかれるのは、例えば、新たに制定されたドイツ刑事国際法典 (VStGB)¹²⁾ のすべての犯罪構成要件である。そのことは次のことを意味する。ドイツ刑法およびドイツ刑事司法は、行為者が犯罪地の国家によって—あるいはさらにそれ以外の国家によって—同一行為のゆえにすでに裁判がなされたかどうかに関係なく、武力紛争あるいは一般市民に対する組織的な攻撃という限度で、世界中で行われたすべての性的強要に対して管轄があることとなる。

しかし世界主義は、国際法上の犯罪に制限されてはいない。ドイツ法によれば、補助金詐欺 (刑法264条) の構成要件ならびに麻醉剤の不法販売の構成要件も世界主義に含まれている (刑法6条5号および8号)¹³⁾。それ故、連邦共和国は、世界のどこかで行われ、さらにドイツ法によって麻醉剤の販売として罰せられるすべての行為に対する処罰を主張している—その際、行為が犯罪地自体で可罰的であるか否か、取引された品物が犯罪地でそもそも麻醉剤とみなされているのか否か、そして行為が何らかの形で連邦共和国あるいはドイツ国民の利益に関わりがあるのか否かは、重要ではない。そのことは不合理であるようにみえるが、机上の出来事のみならず、司法の現状でもある。ドイツでは、オランダの法律によれば昔から不可罰であった業務をオランダで行ったオランダ国民の有罪判決、もしくはオランダですでに同一行為のかどで有罪とされていたオランダ国民の有罪判決が何度か下されている。終審として連邦通常裁判所 (BGHSt 34,334) が判決を下した周知の事件は、オランダ司法当局の激しい抗議とオランダ刑法学における無然とした姿勢を受けることとなった¹⁴⁾。実際、何をもって連邦共和国は、処罰という威嚇の下で、自分たちの抑圧的な薬物刑法を拘束力のある世界基準にすることができるのかという問いが提起される。一般化して言うと、何をもって国家は、他国の領土での行為に対して、処罰という威嚇の下で、その国の国民に行為規範を命じることができるのか。

b) 正当化の試み

現今の刑法解釈学はこの問いに答えておらず、それどころか理論的な分類で問いをごまかして

12) 脚注4) を参照せよ。

13) それに関して批判的なのは、例えば *Keller*, Zu Weltrechtspflege und Schuldprinzip, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S.425ff., 435.

14) それに関して *Rüter*, Ein Grenzfall: Die Bekämpfung der internationalen Drogenkriminalität im Spannungsfeld zwischen den Niederlanden und der Bundesrepublik Deutschland, *Juristische Rundschau (JR)* 1988, 136ff. および *Vogler*, *JR* 1988, 139ff. の「あとがき」を参照せよ。さらに、*Merkel*, Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des §6 StGB, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Bd. III (Makrodelinquenz), 1998, S.237ff., 242f.

いる。国際刑法のルールは、もし解釈できるならば、不法中立な客観的処罰条件¹⁵⁾であり、国内刑法を拡大ではなく限定するものとして理解されうる¹⁶⁾。しかしそのことは根拠がない¹⁷⁾。なぜなら、行為を処罰するには、あらかじめこの行為が拘束力ある行為規範に違反していなければならないからである。つまり「不法」とは、決して行為の属性ではなく、行為と一定の規範システムとの関係だからである。国外行為の処罰は、したがって、刑罰を科す国家の法秩序が他国の領土にも妥当性を主張することが前提である。かつての刑法解釈学は、そのことを明らかに認めてきたし、はっきりと述べてきた。例えば、ビンディングは、国家主権の観念が国家の原則的に無制限の処罰管轄 (Bestrafungskompetenz) 要求を根拠づけているとする¹⁸⁾。さらに、注釈者として後に登場することとなるホルスト・シュレーダーは、連邦共和国成立以前の論文において、「世界のすべての人的行為は、ドイツ法秩序によって価値あるいは反価値 (Unwert) として規準化」¹⁹⁾ されると述べている。

国家主権に関する我々の今日的な理解によれば、もはや刑法のそのような上からの諸要求 (imperiale Ansprüche) は支持されない。今日では逆に、他国の刑法秩序を押しつけられることへの防衛要求が、まさに国家主権から導き出されるのである。したがって、他国の領土でのその国の国民の行為を自国の刑法規範によってコントロールするといった国家の要求は、正当な利益に基づいてこの要求が認められるのでない限り、国際法上の不干渉主義 (Nichteinmischungsprinzip) と抵触することとなる²⁰⁾。そのような利益として考慮されるのは、国家の集团的利益の保護あるいはその国家の国民の個人的権利である。それ故、いわゆる「保護主義」に依拠しうる処罰諸要求は是認される²¹⁾。したがって、例えば他国の領土から作戦行動をとった外国のスパイたちに有罪判決を下すことはできる。言うまでもなく、この処罰要求は犯罪地の法にかかわりなく存在する。自国の利益保護を、他国の利益保護に一貫して何ら関心がない他国の法秩序に任せべきではないからである——ここでは、「友好」国の間でもふつうに行われている産業スパイ

-
- 15) *Gribbohm* in *Leipziger Kommentar zum StGB* (LK), 11. Aufl. 1997 (Stand 1.3.1997), Rn. 415 vor §3; *Schönke / Schröder / Eser*, StGB, 26. Aufl. 2001, Rn. 61 vor §3; *Jescheck / Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S.180.
 - 16) *Lackner / Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, Rn. 1 vor §3; *Hoyer* in: *Systematischer Kommentar zum StGB*, Rn. 4 vor §3.
 - 17) それに関してすでに批判的なのは *Neumann*, Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“, in: *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, S.589ff., 593, 601ff.
 - 18) *Karl Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, S.372.
 - 19) *Schröder*, Die Teilnahme im internationalen Strafrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 61 (1942), S.57ff., 94.
 - 20) それに関して *Jescheck / Weigend* (Fn. 15), S.165; *Michael / Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S.102.
 - 21) 「保護主義」およびそれと異なる特徴に関して詳細は *Lemke* in *Kindhäuser / Neumann / Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum StGB*, 2. Aufl. 2005, Rn. 12 vor §3; *Alexandra Schmitz*, Das aktive Personalitätsprinzip im Internationalen Strafrecht, 2002, S.136ff.; *Wolfgang Zieher*, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, 1977, S.77ff.

行為（刑法5条7号）の諸事例を想起しさえすればよい。

保護主義は干渉禁止の点において問題がない。なぜなら、他諸国の領土への行為規範の拡大は、ここでは、一般に認められた自国の利益および処罰国の法益を正当に防衛する反射的作用にすぎないからである。もちろん、自国の法規範によればその国の領土では全く正しく行動したにもかかわらず、他の国家の刑法的介入にさらされた行為者を処罰することは、十分には正当化できない。この問題が先鋭化するの、行為者が自国の規範に従えば行為してもよい場合にとどまらず、例えば国家秘密情報部員のように、それがむしろ義務であったときである²²⁾。行為者に対する処罰は、ここでは、正義を基準とする刑事司法の執行としてではなく、国家的自己防衛行為としてのみ根拠づけられるにすぎない。ギュンター・ヤコブスの用語における「市民刑法（Bürgerstrafrecht）」ではなく、「敵対的刑法（Feindstrafrecht）」が問題となっているのである²³⁾。

これらすべての正当化および正当化の試みは、世界主義の適用領域において役に立たない。というのは、ここでは処罰国は、はっきりと行為による自国の法益の侵害や危殆化という要件を放棄しているからである。それ故、世界主義により処罰を正当化するには、二つの前提が必要である。処罰国は、一方で、犯罪地国における法的評価に関係なく、行為が当罰的不法であることを主張しなければならず、他方で、まさに自国がこの不法の処罰に適任であることを根拠づけなければならない。いずれにせよ、ドイツ法において世界主義に属する一部の犯罪に関して、この二つの課題は国家にとって荷が重すぎる。

そのことは、薬物の取引の例で説明されうる。包括的な犯罪構成要件および刑罰威嚇をもつドイツの薬物刑法を薬物政策上正当とみなす者でさえ、例えばハシッシュの単純所持は国内法秩序のルールに依存せず、自然法規範あるいは普遍的な法原理によって当罰的な不法である行為の問題である、といった大胆な主張をしない。他国の法秩序、例えばオランダ法におけるこの行為の不処罰は、他と異なる法政策的決定の帰結として受け入れられなければならない。それを、法倫理的な分別の欠如あるいは立法権（Rechtssetzungskompetenz）の不備を明らかにしたものと評価することはできない。いわんや、本国での行為に際してドイツ法の規範に従うことを、オランダの国民に期待することはできない。行為が犯罪地の法によっても可罰的であるとしても、——第二の観点——刑事訴追に関する任意の他国の管轄は根拠づけられえない。せいぜい、他の国家が犯罪地の国家の代わりに国際協調の一環として刑事訴追を引き受けることは、犯罪地国自らがそうすることができないとき正当化されるであろう。したがって世界主義は、このような諸構成

22) それに関して *Neumann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik nach der Wiedervereinigung, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), *Deutsche Wiedervereinigung*, Bd. II 1993, S.161ff., 168ff.

23) 基本的なものとして *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 97 (1985), S.751ff. 783ff.; *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Eser / Hassemer / Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, S.47ff. も参照せよ。

要件の領域においては、代理処罰主義（Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege）に還元されなければならない²⁴⁾。

国際法上の犯罪構成要件の場合、重要な点において事態は異なっている。例えば、ジェノサイドの禁止は、今日少なくとも表向き争いえない理解によれば、普遍的に、国内立法に関係なく妥当する。ジェノサイドが行われていても、それを世界主義によって訴追するすべての国家の権限は²⁵⁾、人類に対する犯罪としてのジェノサイドの性質から導き出される²⁶⁾。理由書によると、「全世界に対する」（*erga omnes*）犯罪にかかわっているのであって、当然の結果としてすべての国家によっても裁判されうる²⁷⁾。この論証は、まさに政府を批判する声においても、大いに共感を呼ぶことができる。それにもかかわらず、ここでも疑問符が付け加えられる²⁸⁾。

-
- 24) 同じく *Merkel* (Fn. 14)。世界主義と異なり、代理処罰主義は、行為が犯罪地で処罰されている（またはこれがいかなる刑罰権にも服していない）ということを前提とする。刑法7条を参照せよ。代理処罰主義の現れとしての世界主義の一般的理解に対して *Stratenwerth / Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl. 2004, §4 Rn. 25。代理処罰主義に関して詳細は *Eser*, *Grundlagen und Grenzen stellvertretender Strafrechtspflege*, *Juristenzeitung (JZ)* 1973, S.875ff.; *Claudia Pappas*, *Stellvertretende Strafrechtspflege: zugleich ein Beitrag zur Ausdehnung deutscher Strafgewalt nach §7 Abs. 2 Nr. 2 StGB*, Freiburg im Breisgau, 1995。
- 25) ドイツ「刑事国際法」（脚注4）は、判例（BGHSt 45, 64, 66）によって展開された要件、すなわち、国内関連として「正当な接点」（国内における被疑者の滞在）が存在しなければならないという、旧刑法6条1項の世界主義によるジェノサイドの訴追可能性のために展開された要件（賛成するものとして例えば *Weiß*, *Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität*, *Juristenzeitung (JZ)* 2002, 696ff., 701; *Oehler*, *NStZ* 1994, 485; 否定するものとして例えば *Eser*, *Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. IV, München 2000, S.3ff., 26ff.) を、はっきりと、しかも判例から意識的に離れることで（これに関して *die Gesetzesbegründung*, BT-Dr. 14 / 8524 S. 14を参照せよ）放棄した。すでにBGHSt 46, 292, 306f. 判決が同じ傾向を示していた。
- 26) *Eser*, *Völkermord und deutsche Strafgewalt. Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug*, in: *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag*, 2001, S.3ff., 17ff.; *Merkel*, (Fn. 14) S.247ff.; さらに *Ambos*, *NStZ* 1999, 404, 405f.; *Lagodny / Nill-Theobald*, *JR* 2000, 205f.; *Werle*, *JZ* 1999, 1181, 1183。
- 27) 特にはっきりさせているのは *Eser* (Fn. 26), S.17ff. しばしば、国際犯罪は行為によって侵害された世界共同体の利益の「受託者」としての個々の国家に関係する、という表現が見られる（例えば *Kreß*, *Völkerstrafrecht in Deutschland*, *NStZ* 2000, 617, 624 を参照せよ）。
- 28) 以下では、（もっぱら）国内刑法秩序において編纂された世界主義から管轄が生じるような国内刑事裁判所によって、国際犯罪に有罪判決を下す法倫理的・法政策的問題が重要である。コンゴ民主共和国対ベルギーの裁判（イエロディア・ヌドンバシ事件）における2002年2月14日の国際司法裁判所（IGH）判決と関連させ、世界主義の国際法の問題について論じたものとして、例えば *Kreß*, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshof*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 114 (2002), S.818f.

3. 刑事国際法の領域における世界主義

a) 禁止規範の普遍妥当性

最初の疑問符は、規範の普遍妥当性に関してである²⁹⁾。この普遍妥当性は、いかなる法秩序もジェノサイドを明確に合法とはみなさないというありふれた意味においてのみ問題がない。この広範囲に及ぶが、内容の乏しい一致を超えたところに、困難が生じる。例えば、1948年の集団殺害罪の防止及び処罰に関する国際条約³⁰⁾の参照指示は、アメリカ合衆国がこの条約にかなりの留保をつけて批准したという事実を鑑みると、相対化される³¹⁾。多数の国内法秩序において構成要件を承認することでは、この構成要件の普遍的妥当性は基礎づけられえない。この承認が完全に例外なきものであったとしてもそうすることはできないであろう³²⁾。したがって規範の普遍妥当性は、実際上の承認によってというよりもむしろバーチャル的な承認によって基礎づけられなければならないであろう。ここでは、いずれにせよ、構成要件の中核領域、つまり国民的集団を破壊する意図をもってその集団構成員を殺害することは、討議において根拠づけようであろうという見込みは十分にある。すでに反射的な自己利益に基づいて、すべての討議参加者たちは、何らかの国民的、人種的、宗教的または民族的集団の構成員としてこの構成要件に賛成するに違いない³³⁾。このような方法では構成要件を正確に輪郭づけることはできないという点は、討議理論(Diskurstheorie)のみならず、刑法的規範を合理的に根拠づけようとするすべての試みの弱点である。

b) 個々の国家の普遍的処罰権？

ジェノサイドおよびその他の国際法上の犯罪に対する普遍的処罰権を正当化する際の問題は、ジェノサイドの一般的禁止を正当化する際の問題より重要である。まず、正しいのは、ジェノサイドは被害者、被害者の本国および犯罪地の国家にのみ関わりがあるわけではないという論証である。国民的、宗教的、人種的あるいは民族的集団に生存権が認められず、このような理由から、これらの集団の破壊に着手されるならば、それは人種、宗教、国民あるいは民族の相違に関係なく、すべての人間の共同体として構成される人類全体に関係するものである。それ故、ジェノサイドによって「個々の人間としての価値の担い手や擁護者としての人類が個々の人間によって攻撃」(OGHSt 1,15)³⁴⁾ されていると記述されるのは、単なるレトリックに留まらない。

このことはジェノサイドの構成要件にのみ妥当するのではなく、同じようにすべての人道に対

29) それに関して詳細は Keller (Fn. 13), S.426ff.

30) 1948年12月9日の集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約。

31) Keller (Fn. 13), S.429.

32) それに関して Keller (Fn. 13), S.429.

33) 刑事国際法における禁止規範の普遍妥当性を基礎づける際の討議倫理的論証の可能性に関して Keller, a. a.O. を参照せよ。

34) Eser (Fn. 26), S.17 によって好意的に引用されている。

する罪にも妥当する。この文脈において、「人道」とは人間らしい配慮やいたわり以上のものをいう。「人道」とは、ここではその語義において理解されなければならない。この概念はタブーの根本的な構成要素であり、その違反は仲間としての他者に対する尊敬、すなわち規範的諸条件によって構成されている人類の理念を打ち消す³⁵⁾。人道に対する罪のこのような解釈から、国内法秩序において世界主義に反映されているように、世界すべての国家に処罰権限を承認することは小さな一歩にすぎない。これに実際上の観点が付け加わる。ジェノサイドおよび人道に対する罪は、国家に委任されて、あるいは国家の代表者自身によってとはいわないまでも、しばしば国家の黙認の下で行われる。刑事訴追に関する犯罪地国の第一次的管轄（「属地主義」）は、これらの事情の下では無駄のように思われる³⁶⁾。第三国による刑罰権の行使は、ここでは、効率的な刑事訴追のための条件として認められる。世界主義は、ここでは、犯罪地国家との国際協調の表明ではなく、むしろこの国家に対する不信感の表れなのである³⁷⁾。

以上によって、刑事国際法上の構成要件の領域に対して、世界主義は名誉回復したのか。おそらくまだであろう³⁸⁾。というのは、人類のすべてが被害を被るということからすべての国家の処罰管轄を推論することは、規範的ならびに実際的な諸理由から、短絡的である。

規範的観点から、人類すべてが被害を被ることは、すべての個々の人間、すべての人的集団、およびそれらを代表する国家の諸機関が被害を被ったことを根拠づけないという異論がある。人類の理念は、国家的あるいは非国家的組織における人的結合のそれとは論理的レベルが異なっている。それ故、人類としての処罰要求は、個々の国家のそれとは水準が異なる。処罰要求は、個々の国家の司法によって、いわば社会のための行為（*actio pro socio*）という方法においてのみ主張されうる。第一次的な管轄があるのは、世界共同体それ自体である。具体的に言うと、国際法上の犯罪は、直接被害を被った犯罪地国によって裁判されない場合、いずれにせよ、人類そのものを代表しているということをやより強く主張できる国際司法裁判所において審理されうる。このようにして、ローマ規程による常設国際刑事裁判所の設立は重要な一歩である。しかし、一歩以上ではない。なぜなら、この裁判所には、個々の諸国による刑事訴追との関係において、まさに補完的に管轄権が認められているにすぎないからである³⁹⁾。

世界主義による個々の国家の管轄に対する実際の疑念は、刑事国際法上の諸構成要件の領域において刑法を適用することが著しく不確実であることから生じる。これらの不確実性は、一方で、

35) いくつかある中で、例えば、ローマ規程（脚注1）の前文は、「国際社会全体の関心事である」犯罪を引き合いに出している。

36) それに関して例えば *Kreß*, *Völkerstrafrecht in Deutschland*, NStZ 2000, 617, 625.

37) *Merkel* (Fn. 14), S.261.

38) 刑事国際法（これに関しては脚注25）1条における刑事国際法の犯罪構成要件に対して、無制限の世界主義の構築を非常に歓迎するドイツの圧倒的通説はこれと異なる（例えば *Satzger*, NStZ 2002, S.131）。刑事国際法がジェノサイドの訴追可能性に対して世界主義の規定をさらに命じるかどうかの問題に関して *Eser* (Fn. 26), S.22ff.; *Lagodny / Nill-Theobald*, JR 2000, 205 を参照せよ。

39) とりわけローマ規程（脚注1）17条参照。これに関して詳細は *Triffterer*, *Der ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit*, in: *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, S.496ff., 527ff.

主要な構成要件の要素が一般条項のように漠然としていることから生じる。ここでは、人道に対する罪の犯罪構成要件における「文民たる住民に対する広範な又は組織的な攻撃」（刑事国際法7条1項）というメルクマールを指摘することで充分である。不確実性は、他方で、刑事国際法における行為が、通常、その全体構造が行為の最終的な刑法上の評価を下すようなきわめて複雑な関連に取り込まれているということから生じる。一定の国民集団を破壊する目的において行為が行われたかどうかは、異なったふうにも解釈可能な政治的關係からのみ推論される。この点で、刑事手続の偏向性と片面性の危険がとりわけ重大である。

この危険を、直接的な政治的諸利益の影響に、つまり政治的にコントロールされた判事の従順性に帰責するのは非常に単純であろう。政治的な期待を意識的に考慮する前に存在する解釈モデル（*Deutungsmuster*）の潜在的影響の方がはるかに危険である。具体的に言うと、「西側」諸国において、決して西側諸国の元首や首相に対する侵略戦争のかどでの刑事訴追にいたらないのは、検事や裁判所は、法と正義に関する自分たちの観念によってではなく、政治的な便宜によって決定するであろう、という理由からではない。当然、西側諸国の元首や首相は決して侵略戦争をしないという理由からでもない。しかし、そのような刑事手続の開始は、西側諸国における裁判官ならびに市民の集団的な解釈モデルおよび行動モデル（*Handlungsmuster*）と一致しないであろう。一定の行為が「本来」あるいは「それ自体で」侵略戦争の構成要件をみたすであろうと主張する者でさえ、こう表示することによって、いわば自らの大胆な言動に驚き、自己の主張を一部撤回するであろう。しかし、この者が実際に告発するならば、それは真摯には検討されないのであろうし、その者自らが訴え好きの烙印を押されるであろう。リビアやイラクにおいては、裁判所はほとんど躊躇しないであろうということを強調する必要はない⁴⁰⁾。

もう一度強調して言うておこう。刑法的評価においてこのような差がある場合、司法の恣意が重要なのではなくて、熟慮を重ねた、そして公平に判断しようとする法学者も逃れることができない集合的な解釈モデルが重要なのである。現行法の集団的な「誤った適用」も重要ではない。なぜなら、法秩序の内容は、血の通っていない法実証主義の外では、法秩序が根ざしている生活世界の（*lebensweltlich*）基盤と切り離すことができないからである⁴¹⁾。それ故、政治的な枠組みとなる諸条件によって、初めて法の適用が決定されるのではなく、法秩序の内容それ自体がすでに決定されているのである。したがって、ベルリンの壁での発砲は旧東ドイツの法によっても可罰的であったとする主張は誤りであったが⁴²⁾。ドイツの裁判所が西側諸国の元首や首相を国際法上の犯罪のゆえに有罪の判決を下すであろうという期待は幻想であろう。もちろん、このことは、政治的に変化する兆しがあるとしても、すべての国内法秩序に妥当する。したがって世界主

40) 無制限の世界主義によってドイツ刑事裁判権に国際法上の犯罪を訴追する権限を認める者は、あくまで、この世界のすべての主権国家に同じ権限を認めなければならない。この世界のいくつかの国に、若干単純で、それにもかかわらず政治的に明らかに有効な「ならず者国家（*Schurkenstaaten*）」というレッテルを張ることは、国際法上有効な個別化基準ではほとんどないであろう。

41) これに関して詳細は *Neumann* (Fn. 5), S.123f.

42) それに関して *Neumann* (Fn. 5), S.121ff.

義は、構造的に条件付けられた、それ故、刑事司法の不可避的な政治問題化（Politisierung）にいたることは避けられない。

国際司法裁判所に対して、実際、何か別のことが妥当なのかという問題が依然として残っている。そのことは排除されえない。ここでは、例えば、超国家的観点に基づいて義務づけられている裁判官の特別な役割の理解を指摘することができる。異なった政治的特徴は、裁判合議体の集团的決定過程において中立化されるということを想起することは容易であろう。しかし、それはそれとして、いずれにせよ、国内の刑事裁判所における偏った評価や決定の危険は、傾向として、多国籍的に構成される国際司法裁判所における場合より大きい——なんなら、はるかに大きい——という確定は、ほとんど争いえないといえよう。それ故、世界主義によって国際法上の犯罪に判決を下すことについての国内刑事裁判所の管轄権は、暫定的解決にすぎないといえよう⁴³⁾。同じ権限をもつ諸国家が一体となった世界において、国内刑事裁判所の管轄権の原理としての「世界主義」は、永続的に何ら正当な地位をもたない。

43) 同様に *Oellers-Frahm*, Erfolg Kongos gegen Belgien: Immunität eines Außenministers vor strafrechtlicher Verfolgung im Ausland durch dortige nationale Gerichte. Problematik einer universellen Zuständigkeit, Vereinte Nationen, 2002, 121. ローマ規程により国内裁判所に与えられている優先管轄権（これに関して脚注36）の広範な放棄に対して、例えば *Kreß* (Fn. 36), S.617, 625.